



VU Research Portal

De fictie van de constitutie. Over de maatschappelijke functie van ontwerp-denken.

Tans, O.J.

published in

Recht der werkelijkheid

2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Tans, O. J. (2009). De fictie van de constitutie. Over de maatschappelijke functie van ontwerp-denken. *Recht der werkelijkheid*, 30(1), 11-26.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De fictie van de constitutie Over de maatschappelijke functie van ontwerp-denken

Olaf Tans¹

Het fenomeen constitutie speelt een moeilijk te verklaren rol in Westerse politieke gemeenschappen. In het algemeen worden constituties opgesteld met de bedoeling het reilen en zeilen in politieke gemeenschappen in een aantal fundamentele opzichten aan juridische banden te leggen. In de liberaal-democratische traditie wordt daarbij de nadruk gelegd op het begrenzen van overheidsmachtsuitoefening. 'The whole point of constitutions, as contemporarily conceived, is to constrain the arbitrary will of rulers', aldus Goodin (Goodin 1992: 100). Prototypisch zijn wat dat betreft de grondrechten die in constituties worden vastgelegd om machthebbers ervan te weerhouden zich teveel te bemoeien met bijvoorbeeld het privé-leven van burgers.

Het kan niemand echter ontgaan dat constituties deze regulerende functie in feite gebrekkig vervullen. Constituties worden namelijk vastgelegd in woorden, en het blijkt dat deze woorden een weinig dwingende greep hebben op de sociale werkelijkheid. Dit heeft allereerst te maken met het feit dat men zich simpelweg niet altijd zoveel aantrekt van constituties. Zoals Lane opmerkt, is er sprake van een structurele 'mismatch' tussen hetgeen constitutioneel wordt voorgeschreven en hetgeen zich daadwerkelijk afspeelt in politieke gemeenschappen (Lane 1996: 11). Zo kennen de meeste parlementen rituelen en gewoonten die nergens zijn geformaliseerd terwijl ze een grote invloed hebben op cruciale politieke processen als wetgeving en verantwoording. Ook kan worden gedacht aan grondrechten die vaak op papier worden beschermd en in de praktijk geschonden, of aan bevoegdheden die wel worden uitgeoefend terwijl ze niet zijn geattribueerd. Van groter belang is echter dat de bewoording van constitutionele normen vaak zoveel ruimte laat voor uiteenlopende interpretaties, dat zij in de praktijk vaak meer vragen oproept dan beantwoordt. Zo heeft het Verenigd Koninkrijk in het verleden verschillende antiterreurwetten aangenomen, en uitgevoerd, terwijl de mate waarin de Britse constitutie dit toeliet een 'subtle and complex question' bleef (Finn 1991: 84-134). Denk ook aan het maatschappelijk debat rond Geert Wilders' Islamkritiek. Men is het erover eens - getuige het veelvuldig gebruik van begrippen als vrijheid van meningsuiting en democratie - dat dit optreden vraagt om constitutionele sturing, maar tegelijkertijd wordt hevig betwist waar die sturing precies uit moet bestaan.

Dit artikel gaat in op de vraag waarom politieke gemeenschappen zich blijven bezighouden met het opstellen en effectueren van constituties, nu deze

¹ Veel dank aan Rob Schwitters, Bertjan Wolthuis en Wouter Werner voor hun commentaar.

onderneming zulke weinig overtuigende resultaten boekt. Hoe kan worden verklaard dat constituties al eeuwen centraal staan in pogingen politieke gemeenschappen tot stand te brengen en op orde te houden, gegeven het feit dat deze normatieve raamwerken een beperkte greep hebben op hun omgeving? Met andere woorden: als de constitutionele ambitie zijn ordeningspretenties niet waarmaakt, wat verklaart dan wel de functie van dit denken in termen van *blueprints*? In deze bijdrage wordt het antwoord op die vraag gezocht in een zogenaamd discoursperspectief. De gedachte is daarbij dat de daadwerkelijke functie van constituties alleen kan worden achterhaald wanneer men in ogenschouw neemt wat deze fenomenen in de praktijk doen, of beter gezegd, wat *men* in de praktijk doet met deze fenomenen. Welnu, in de meest algemene zin kan worden gesteld dat constituties hoofdzakelijk een rol spelen in praktisch discours. Zo beroept men zich op constituties om vrijheden te claimen, presidenten af te zetten, de legitimiteit van overheidsoptreden in twijfel te trekken, oorlogen te rechtvaardigen en discriminatie te bestrijden. Om de functie van constituties te verklaren, is hier de gedachte, zal men moeten analyseren hoe deze fenomenen een rol spelen in dergelijke vormen van praktisch discours.

Daarom zal in het navolgende de aandacht worden gevestigd op een rechterlijke uitspraak waarin de Nederlandse constitutie een rol speelde: het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad. Aan de hand van deze uitspraak wordt allereerst verder geanalyseerd op welke complicaties het constitutionele ordeningsstreven in de praktijk stuit, namelijk dat het zich bedient van een rationaliteit die geen stand houdt. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag hoe kan worden verklaard dat constituties, in weerwil van deze ogenschijnlijk onoverkomelijke complicatie, toch een belangrijke rol blijven spelen in fundamentele vraagstukken met betrekking tot de ordening van politieke gemeenschappen. De crux van deze verklaring is dat de fictie van de constitutie een vorm van publiek debat faciliteert en aldus bijdraagt aan de ontwikkeling van collectieve politiek-juridische identiteit.

De moderne constitutionele ambitie

Hoewel de constitutionele ambitie in de loop der tijd op vele manieren tot uitdrukking is gebracht, is het toch mogelijk er een algemene sociologische duiding aan te geven. Deze duiding begint al bij het spreken van een 'ambitie' of 'streven'. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de zuiver juridische invalshoek, waarin de constitutionele ambitie veelal wordt gereduceerd tot het simpele feit dat er in een rechtssysteem constitutionele regels gelden, wordt het constitutionalisme hier dus gezien als een aspiratie.² Deze aspiratie kan in vele dimensies worden geanalyseerd (bijvoorbeeld ook historisch, politiek-filosofisch of psy-

2 Met het begrip 'constitutionalisme' doel ik op de meest dominante (liberaal-democratische) constitutionele ambitie, waarin een aantal geijkte normen en waarden wordt erkend, zoals de beginselen van democratie en machtscheiding, de grondrechten, en het rechtstaatidee. Met 'constitutionele ambitie' doel ik sec op elke poging een politieke gemeenschap te scheppen en te ordenen met behulp van een constitutie, ongeacht de inhoud daarvan.

chologisch), maar in een sociologisch perspectief kan worden gesteld dat de constitutionele ambitie in het algemeen is gericht op het reguleren van een aantal fundamenteel geachte aspecten van de gang van zaken in politieke gemeenschappen. Meer in het bijzonder streeft men bijvoorbeeld naar het reguleren van overheidsmachtsverhoudingen, van vitale functies en processen, als ook van de verhouding tussen overheid en burger. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het instrument 'recht'.

Deze elementaire duiding brengt een meeromvattende denktrant met zich mee, die kan worden begrepen aan de hand van hetgeen Roger Cotterrell (1995: 91) omschrijft als *legal closure*. Zodra het recht wordt ingezet als ordeningsinstrument gaat dit gepaard met de gedachte dat de besluitvorming over normatieve vraagstukken als het ware wordt uitbesteed aan een systeem met een bepaalde onafhankelijkheid van de sociale omgeving. Men doet dan, aldus Cotterrell, een beroep op '(...) the idea that law is, in some way, radically autonomous, self-reproducing, or self-validating in relation to an environment defined as 'extra-legal'.' (p. 91). Men kan ook spreken van het spelregel-idee: om een spel in goede banen te leiden, legt men regels vast waarvan men aanneemt dat ze toepasbaar zijn op het moment dat zich problemen voordoen. Ook het moderne constitutionalisme steunt op deze gedachte. Het stelt constituties voor als verzamelingen van vaststaande regels (al dan niet in de vorm van een grondwet) die kunnen worden toegepast ter ordening van de politieke gemeenschap. In deze voorstelling duiden zowel het vaststaan als de toepasbaarheid van deze regels op het idee van *legal closure*. Dankzij deze eigenschappen, zo is het idee, wordt de politieke gemeenschap gereguleerd door vooraf gestelde (en afgesproken) normen, en bijvoorbeeld niet door normen die worden bedacht wanneer zich een probleem voordoet.

Omdat over dit punt misverstand kan ontstaan, zij benadrukt dat deze duiding niet beoogt te bepalen wat de constitutionele ambitie *de facto* teweegbrengt. De stelling dat de constitutionele ambitie een beroep doet op het idee van *legal closure*, moet daarentegen worden begrepen als duiding van een rationaliteit waardoor zij lijkt te worden gestuurd.³ Dit betekent niet dat de actoren die deze ambitie vormgeven (politici, juristen etc.) per definitie zijn overtuigd van het feit dat zij *legal closure* verwezenlijken. Daarover wordt hier geen uitspraak gedaan. Het betekent evenmin dat er geen andere duidingen mogelijk zijn, of dat de onderhavige rationaliteit probleemloos functioneert. Wat het wél betekent, is dat de constitutionele ambitie hier wordt begrepen als een vorm van sociaal handelen die lijkt te worden gedreven door de theorie dat de sociale werkelijkheid kan worden geordend met behulp van vooraf gestelde algemene regels die kunnen worden toegepast op concrete gevallen, zodat de besluitvorming over die concrete gevallen een zekere *legal closure* krijgt.

3 Met rationaliteit doel ik op een theoretisch zelfbegrip dat ten grondslag ligt, of lijkt te liggen, aan een zeker sociaal handelen (Giddens 1984: 5).

Constitutioneel discours in de praktijk: constructieve interpretatie

Deze onderneming komt onder druk te staan door een proces dat in de rechtstheorie op vele manieren is beschreven, en dat Ronald Dworkin (1986) ‘constructieve interpretatie’ noemt. In het praktisch constitutioneel discours, zo stelt deze auteur, doet men in eerste instantie een beroep op een vastgelegde regel. Er zijn echter tal van redenen waarom regels niet zonder meer kunnen worden toegepast op concrete gevallen, bijvoorbeeld omdat ze te algemeen zijn gesteld, of juist te bijzonder, of omdat er termen in voorkomen die ruimte laten voor uiteenlopende interpretaties en waarderings, of simpelweg omdat die toepassing teveel indruist tegen het rechtvaardigheidsgevoel. Om tot bevredigende oplossingen te komen, interpreteert de jurist de geschreven rechtsregels in het licht van aanvullende overwegingen en de specifieke omstandigheden van gevallen die zich voordoen. In de praktijk worden de geldende constitutionele regels dus voortdurend opnieuw uitgevonden - geconstrueerd - in de vorm van herinterpretaties van de geschreven regels.

Een voorbeeld kan dit verhelderen. In het bekende Harmonisatiewet-arrest buigt de Hoge Raad zich over de vraag of artikel 120 van de Grondwet zich verzet tegen rechterlijke toetsing van een wet aan fundamentele rechtsbeginselen.⁴ Dit artikel stelt: ‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen’. Het wordt de rechter dus verboden regelingen zoals de Harmonisatiewet te beoordelen op grondwettigheid. De gedachte is dat wetten het product zijn van een democratisch gelegitimeerd wetgevingsproces dat niet mag worden doorkruist door zomaar een functionaris van de rechterlijke macht. Alleen de wetgever mag beslissen of een wet door de beugel kan, zo luidt van oudsher de Nederlandse opvatting.⁵

4 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. Scheltema. AB 1989, 207 m.nt. F.H. van der Burg. De Harmonisatiewet van 1988 introduceerde een aantal wijzigingen in de organisatie van het hoger onderwijs, waaronder een maximale inschrijvingsduur van zes jaar. Kostenbesparing was daarbij het belangrijkste motief. Het probleem was dat de regeling ook werd toegepast op de groep studenten die in 1987/’88 waren begonnen aan een tweede studie en die onder de oude regeling aanspraak maakten op verlenging van hun inschrijvingsduur met één jaar. Deze studenten waren dus begonnen aan die tweede studie in de veronderstelling recht te hebben op een jaar extra studiefinanciering. Met de Harmonisatiewet werd hen dit recht zonder pardon ontnomen. Vanzelfsprekend voelden deze studenten zich aangetast in hun rechtszekerheid. Georganiseerd in de Landelijke Studenten Vakbond (LSVB) spande men een rechtszaak aan, die dus uiteindelijk bij de hoogste rechterlijke instantie terechtkwam. Voor een uitvoerige bespreking van het Harmonisatiewet-arrest, zie: Maris & Jacobs 1996: 143-151.

5 In veel andere landen (bijvoorbeeld Amerika, Duitsland, Frankrijk en Spanje) volgt men een andere redenering, namelijk dat de grondwet boven alles verheven is, ook boven gewone wetten, en dat de rechtspraak deze verheven positie juist moet bekrachtigen door middel van constitutionele toetsing. Overigens beoogt het initiatiefwetsvoorstel van Femke Halsema, in 2008 in de eerste lezing door de Eerste Kamer aanvaard, ook de Nederlandse rechter een beperkte bevoegdheid te geven om wetten aan de Grondwet te toetsen (Kamerstukken 28331). Aangezien het huidige kabinet

De complicatie was gelegen in het feit dat de appellanten niet hadden gevraagd de Harmonisatiewet te toetsen aan de grondwet, maar aan het ongeschreven rechtsbeginsel van rechtszekerheid. Voor alle duidelijkheid: artikel 120 rept met geen woord over beginselen. Interpreteert men die bepaling letterlijk, dan is er geen belemmering om deze toetsing te voltrekken, aangezien alleen toetsing aan de grondwet wordt verboden. Toch kan men aanvoelen dat een gewrongen situatie zou ontstaan wanneer de rechter een wet zou vernietigen wegens strijd met een ongeschreven beginsel terwijl hem een dergelijke vernietiging wegens strijd met de grondwet is verboden. Dat is vergelijkbaar met, bijvoorbeeld, de situatie waarin de politie een verdachte tijdens een verhoor vastplakt terwijl vastbinden wettelijk is verboden. Gezien de strekking van het wettelijk voorschrift, zo redeneert men al snel, kan dat vastplakken evenmin de bedoeling zijn. Op deze wijze vindt de Hoge Raad in de grondwet een basis om de gevraagde toetsing te weigeren. Hij komt tot de conclusie dat '(...) de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Gr.w. zich niet (ook) tegen toetsing van die wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet'.⁶

Het Harmonisatiewet-arrest illustreert hoe constitutionele normen in de praktijk worden herbepaald. In het verleden heeft artikel 120 relatief weinig van dit soort interpretatievragen opgeroepen. In het algemeen heeft onze politieke gemeenschap zich er op ongecompliceerde wijze door laten leiden. Het blijkt echter dat zelfs stabiele constitutionele normen vroeg of laat kunnen worden geherinterpreteerd wanneer een casus daarom vraagt. Zo wordt de regel van artikel 120 van de grondwet opgerekt tot een verbod op toetsing van de wet aan de grondwet en aan rechtsbeginselen. In de toekomst zal zich waarschijnlijk een geval voordoen waarin men zich afvraagt of dat voor alle rechtsbeginselen geldt, in elke situatie, kortom, in de toekomst zal de constitutionele norm vermoedelijk verder worden ontwikkeld in het licht van nieuwe gevallen die zich voordoen, op basis van nieuwe aanvullende overwegingen.

Een rationaliteit die geen stand houdt

Men is het er tegenwoordig wel over eens dat geschreven regels alleen op deze creatieve wijze bruikbaar zijn als ordeningsinstrument. Het legisme is verlaten. Dit laat onverlet dat de constructieve interpretatiemethode op gespannen voet staat met de ambitie politieke gemeenschappen te onderwerpen aan een constitutie; met de eerder beschreven intentie overheidsmachtsuitoefening te doen plaatsvinden volgens een vooraf bepaald systeem van juridische regels.

Meer specifiek doorbreekt deze praktijk de *legal closure* van de constitutionele ambitie. Ten eerste blijken normen niet vast te staan maar voortdurend in ontwikkeling te zijn dankzij betekenisverlening en creatieve manoeuvres van de participanten aan het constitutioneel discours. Ten tweede hebben die normen een relatieve normatieve kracht: hun toepassingsbereik wordt opgerekt dan wel

het voorstel niet steunt, valt te betwijfelen of het voorstel door de tweede lezing zal komen.

⁶ Zie overweging 3.6.

ingeperkt in het licht van nieuwe ervaringen. Dit betekent dat het oorspronkelijke ontwerp niet heerst, maar eerder telkens opnieuw wordt uitgevonden. Ten derde zijn constituties dus alles behalve autonoom. In plaats van hun normatieve werking uit de gestelde regels af te leiden, wordt deze afhankelijk gemaakt van aanvullende overwegingen.

In de rechtssociologie is dit manco op verschillende manieren aan de orde gesteld. Een bekende kritiek op het idee van *legal closure* is geleverd door Nonet en Selznick (1978). De focus op recht als een autonoom, gesloten systeem leidt volgens hen tot een blind formalisme dat contact verliest met de samenleving (p.76). Cotterrell kiest een meer beschrijvend perspectief. Afgezien van de vraag of het wenselijk is of niet, constateert deze auteur dat het idee van *legal closure* in de praktijk geen stand houdt vanwege het discursieve proces dat hierboven in het Harmonisatiewet-arrest is blootgelegd. 'Attempts at closure...', zo stelt Cotterrell, '...fail because the normative essence of the legal turns out to express or depend upon extra-legal considerations.' (1995: 97). De auteur lijkt daarmee terug te grijpen op Webers stelling dat het recht wordt gekenmerkt door zowel een formele als een materiële rationaliteit (Weber 1978: 656 e.v.). Webers formele rationaliteit is namelijk het belangrijkste ingrediënt van *legal closure*, terwijl zijn materiële rationaliteit verwijst naar allerlei particuliere factoren die in de casuïstiek worden geëvalueerd op basis van bijvoorbeeld ethische, emotionele of politieke overwegingen.⁷ De auteur spreekt in dit verband van '...the inevitable conflict between an abstract formalism of legal certainty and the desire to realize substantive goals.' (p. 811)

Op deze manier stuit ook de constitutionele ambitie op de beperkingen van haar eigen rationaliteit. Haar theoretisch zelfbeeld - en legitimatie - luidt dat politieke gemeenschappen worden gereguleerd op basis van constitutionele regels, maar de praktijk is dat de vastgelegde regels de uiteindelijke beslissingen niet determineren omdat deze beslissingen niet zonder aanvullende overwegingen kunnen worden genomen. Constituties hebben met andere woorden een relatief beperkt probleemoplossend vermogen. Daarmee is niet gezegd dat constituties geen enkel ordenend effect hebben. Integendeel: het is aannemelijk dat dat effect wel bestaat. Er worden immers constitutionele gedachten gevormd, debatten gevoerd en beslissingen genomen. Er gebeurt dus wel degelijk iets in relatie tot deze normatieve raamwerken. Bovendien moet worden onderkend dat de gang van zaken in politieke gemeenschappen in vele opzichten conform de constitutie lijkt te verlopen, of althans zonder dat de constitutionaliteit van die gang van zaken in twijfel wordt getrokken.

Het punt is hier dat constituties nogal machteloos blijken wanneer zulke twijfel wél rijst; wanneer de constitutionaliteit van een zeker feitencomplex wordt geproblematiseerd. Als het puntje bij het paaltje komt, blijken deze spelregels geen duidelijk regime op te leggen aan het politieke spel. Daar komt nog bij dat eerbiediging van deze regels vaak niet kan worden afgedwongen: er

7 Voor een bespreking van Webers formele rationaliteit, zie: Schwitters 2008: 46-51. De Weberiaanse rationaliteitsdiscussie wordt op verschillende manieren voortgezet in het recent verschenen themanummer van *Recht der Werkelijkheid* (Huppes-Cluysenaer e.a., 2008), gewijd aan Webers concept van 'Domination'.

bestaat bijvoorbeeld geen ‘constitutionele politie’ die een minister kan dwingen verantwoording af te leggen. Ironisch genoeg treedt dit gebrek het meest naar voren wanneer de grootste behoefte bestaat aan een duidelijkheid en sturing, namelijk in tijden van politieke controverse: wanneer mensenrechten worden geschonden ten faveure van terrorismebestrijding, wanneer noodtoestanden worden afgekondigd, wanneer afzettingsprocedures tegen presidenten worden overwogen en wanneer wetten de rechtszekerheid van burgers in gevaar brengen. Juist in die situaties zou men houvast bij de afgesproken regels willen zoeken, maar de realiteit is dat constituties juist dan meer vragen oproepen dan beantwoorden.

De constitutie als hanteerbare fictie

Deze analyse is verwant aan het zogenaamde *indeterminacy debate* dat zich al decennia lang ontvouwt onder de noemer Critical Legal Studies (CLS). Een centrale stelling van deze stroming is dat de geijkte juridische bronnen (wetten, verdragen, jurisprudentie) de uitkomst van geschillen niet determineren, en dat andere (met name politieke) invloeden een grote rol spelen. Dit inzicht leidt binnen CLS tot veel scepsis over de zuiverheid en legitimiteit van juridische beslissingen.⁸ Meer in het algemeen is de bovenstaande analyse verwant aan de scepsis over funderings-denken die vaak met het postmodernisme wordt geassocieerd. Het tekort aan *legal closure* duidt immers op een gebrekkige funderingsrelatie tussen beslissingen die worden genomen en regels die van tevoren zijn gesteld.

Deze bijdrage probeert een stapje verder te komen dan deze op zichzelf niet onterechte scepsis. Nu duidelijk is dat de constitutionele ambitie wordt achterhaald door de besluitvormingspraktijk, is het vervolgens de vraag waarom deze ambitie ondanks zijn gebreken zo hardnekkig stand houdt. Deze insteek is verwant aan sommige studies die het fenomeen ‘legal hegemony’ proberen verklaren. Zo stelt Silbey (2005: 323) zich de vraag: ‘...how the law sustains its institutional power despite a persistent gap between the law on the books and the law in action’. Diezelfde vraag wordt hier toegespitst op de constitutionele ambitie: als het doel in een belangrijk opzicht wordt gemist, waarom wordt dan al eeuwenlang de suggestie gewekt dat zij midden in de roos schiet? Waarom werd onlangs uit naam van de Amerikaanse constitutie besloten dat de schending van mensenrechten op Guantanamo Bay onrechtmatig is? Waarom zoekt men in een nietszeggende frase in de Nederlandse grondwet naar een antwoord op de vraag of hoofdzoekjes op scholen zijn toegestaan? Waarom wordt op dit moment geprobeerd om de Europese Unie als politieke gemeenschap te constitueren op basis van een document met een paar handtekeningen eronder? Kortom, waarom zeggen wij niet tegen elkaar: opent de ogen, geloof niet in die onzin, *get real*?

In plaats van een collectief gebrek aan realiteitszin te signaleren, is het meer verhelderend te onderkennen dat men in politieke gemeenschappen kennelijk bereid is tegen beter weten in te geloven in de ordenende werking van constitu-

8 Zie bijvoorbeeld Maris & Jacobs 1996: 217-264.

ties. Beter gezegd, lijkt er sprake van de attitude die onder meer in de kunstwetenschappen wordt aangeduid als 'willing suspension of disbelief'.⁹ Witteveen zegt daarover:

'De gebruiker van een fictie bevindt zich in een positie waarin zij het fictieve karakter van de desbetreffende tekst of praktijk doorziet, maar in plaats van aan dit inzicht de consequentie te verbinden dat er sprake is van een leugen, mythe of illusie is zij bereid haar ongeloof tijdelijk (en onder voorwaarden) op te schorten. Zodoende ervaart zij de realiteit van de fictie en is zij in staat binnen die realiteit te handelen.' (Witteveen 1198: 407).

De auteur geeft verscheidene voorbeelden van ficties die een rol spelen in de publieke sfeer, waaronder de rechtvaardigende constructies die rechters gebruiken om hun beslissingen te ondersteunen (p. 433). Interessant is daarbij dat dergelijke ficties in het discours een aparte status hebben. Zo wordt in juridische of politieke uitwisselingen in het algemeen van participanten verwacht dat zij de werkelijkheid adequaat weergeven; dat hun impressies realistisch zijn. Gebruikt men daarentegen een fictie, dan maakt deze eis plaats voor de opdracht de gesprekspartners op één of andere manier te bewegen de fictie tijdelijk te beschouwen als werkelijk. Witteveen stelt dat de fictie 'hanteerbaar' moet zijn: net als bij het gebruik van bijvoorbeeld literaire fictie, moet men het ongeloof in haar onwerkelijkheid kunnen opschorten, om aldus te kunnen werken (meeleven) met de fictie alsof deze de werkelijkheid betrof. Omgekeerd blijkt de niet-hanteerbaarheid van een fictie dus uit het feit dat men er niet in kan meegaan. Dit kan zich voordoen als men de fictie te ongeloofwaardig vindt, of te gekunsteld, of totaal niet zinvol, etc.

Ook in het Harmonisatiewet-arrest vindt men een aanwijzing voor dit gebruik van fictie. Als gezegd komt de Hoge Raad tot de conclusie dat 'de rechter de hem *gestelde grenzen* zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Gr.w. zich niet (ook) tegen toetsing van die wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet'. Het is echter moeilijk te geloven dat de grondwet steun biedt voor het (door schrijver dezes) gecursiveerde deel van die conclusie. Er lijkt helemaal geen sprake van gestelde grenzen, want de grondwet rept met geen woord over het probleem dat zich in deze casus voordeed. Toch presenteert de Hoge Raad zijn conclusie als het resultaat van een reeds bestaande en dus niet ter plekke geconstrueerde constitutionele norm. Aldus koestert het gerechtshof de onrealistische gedachte dat de Nederlandse grondwet aan de basis ligt van de genomen beslissing.

Op basis van deze en andere analyses, wordt in deze bijdrage verdedigd dat het idee van de constitutie als fundament van politieke machtsregulering in het discours functioneert als hanteerbare fictie.¹⁰ Degene die iets claimt uit hoofde van de constitutie betreedt als het ware een podium alwaar men zich beweegt in de fictie van de ordenende werking van dit normatieve raamwerk. Op dat podium kunnen zich nog andere spelers bevinden, bijvoorbeeld rechters, of de te-

9 Over de ervaring van fictie in het algemeen, zie bijvoorbeeld Walton 1978.

10 Een meer uitgebreide analyse is te vinden in: O.Tans (2003), *Het constitutionele theater, bijdrage aan een discours theorie van het constitutionalisme*, Amsterdam: Thela Thesis.

genpartij, of geleerden, kortom, allen die zich mengen in de discussie over de houdbaarheid van de claim. De theatermetafoor completerend, stelle men zich voor dat de politieke gemeenschap in de zaal zit. Op de eerste rijen zitten de geïnteresseerden, zoals journalisten, politici en wetenschappers. Meer naar achteren, in een oneindige hoeveelheid stoelen, zitten de niet geïnteresseerde burgers, die het schouwspel achterin sowieso niet kunnen volgen, maar in principe zitten ze daar wel, of kunnen ze daar zitten, omdat ze nu eenmaal deel uitmaken van de politieke gemeenschap en uit dien hoofde zijn betrokken bij constitutionele aangelegenheden.

Op zoek naar de functie van de constitutionele fictie

In *Die Philosophie des als ob* beschouwt Vaihinger ficties als ‘Kunstgriffe und Hilfsoperationen des Denkens’ die het mogelijk maken een doel indirect te bereiken, waar het niet langer mogelijk blijkt dat doel direct te bereiken (Vaihinger 1922: 1-20). Afgezien van het feit dat ficties ook volgens hem worden gekenmerkt door het bewust omarmen van een ‘Widerspruch mit der Wirklichkeit’, benadrukt Vaihinger dus dat daarbij ook sprake is van doelmatigheid (p.174). Daardoor onderscheidt fictie zich bijvoorbeeld van zuivere hypothese en subjectiviteit: de gebruiker van een fictie neemt niet alleen iets aan, stelt zich niet louter iets voor, maar zet die aanname c.q. voorstelling ook in om iets te bewerkstelligen.

Denkt men aan het kunstzinnig gebruik van fictie, dan is het doel veelal om een publiek een esthetische of emotionele ervaring te bezorgen. In het geval van de fictie van de constitutie denkt men al snel aan een strategische bedoeling. Zo benadrukt Witteveen de retorische functie van ficties: zij kunnen helpen anderen van een standpunt te overtuigen, bijvoorbeeld door een ideologisch fundament te leggen of door complexiteit te reduceren (1998: 408, 412, 426). In dit verband kan men de fictie van de constitutie een epistemologische ideologie noemen, die ons moet aanzetten te hechten aan de waarheid van bepaalde claims vanwege het feit dat zij zouden corresponderen met een object waarover men kennis kan vergaren: de constitutie. Men spreekt in dit verband ook wel van ‘reificatie’: verdinglijking.

Moeilijker is het om het maatschappelijk belang van de constitutionele fictie te duiden. Dat de spelers op het podium hem inzetten ter manipulatie van het publiek is gemakkelijk in te zien, maar het is minder eenvoudig te begrijpen waarom men in de zaal bereid is erin mee te gaan. Men kan in dit verband denken aan de ideële functie van constituties: zij representeren iets dat nastrevenswaardig wordt gevonden. Die duiding roept een aantal vervolgvragen op. Allereerst is het de vraag of de fictie van de constitutie kan worden opgevat als een synoniem van het ideaal van de constitutie. Taekema (2000: 158 e.v.) zoekt juridische idealen vooral in waarden, zoals rechtvaardigheid en legaliteit. Het is duidelijk dat constituties zulke waarden tot uitdrukking brengen, maar het is niet zonneklaar dat constituties op zichzelf een waarde representeren.

Ook wanneer we aannemen dat de fictie van de constitutie hetzelfde is als hetgeen Taekema, in navolging van Selznick, aanduidt als een ‘master ideal’ dan rijst opnieuw de vraag naar de functie ervan. Met welk doel voor ogen is

een politieke gemeenschap bereid dit ideaal na te jagen (d.w.z. het ongeloof in de ordenende werking van de constitutie tijdelijk op te schorten) terwijl het niet wordt bereikt? Ofwel: wat is de sociale drijfveer achter een aspiratie die niet leidt tot realisatie? Om op die vraag een tentatief antwoord te geven, wordt in het navolgende dieper ingegaan op de wijze waarop constituties in de praktijk worden ingezet om standpunten te verdedigen.

Nadere analyse van het constitutionele redeneren in de praktijk

Als gezegd draaide het Harmonisatiewet-arrest om de vraag of de Harmonisatiewet, die de rechtspositie van een groep studenten verslechterde, kon worden getoetst aan het ongeschreven rechtsbeginsel van rechtszekerheid. De conclusie van de Hoge Raad is dat die toetsing niet is toegestaan, ook al wordt deze niet met zoveel woorden verboden door de Nederlandse grondwet. Het toetsingsverbod van artikel 120 van de grondwet moet namelijk analoog worden toegepast op deze casus.

Een kenmerk van praktisch discours is dat conclusies niet klakkeloos worden geaccepteerd. Van de participanten wordt verwacht dat zij hun standpunten rechtvaardigen: dat zij redenen geven op basis waarvan de overige deelnemers (en het publiek) kunnen beoordelen of het standpunt hout snijdt. Dit geldt des te meer wanneer wordt verdedigd dat een geschreven regel iets verbiedt dat door die regel niet wordt aangeduid. Om aan deze eis te voldoen, volgt de Hoge Raad grofweg de volgende redenering (alinea 3.4 t/m 3.6). Allereerst gaat hij in op een aantal ontwikkelingen die pleiten vóór rechterlijke toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen. Zo worden wetten steeds vaker getoetst aan internationale verdragen, wordt er in de juridische literatuur veelvuldig gepleit voor opheffing van artikel 120, en is men meer in het algemeen gaan aanvaarden dat ‘...een strikte toepassing van de wet onder omstandigheden zozeer kan indruisen tegen fundamentele rechtsbeginselen dat zij achterwege moet blijven.’ Bovendien vraagt ook het toenemend monisme in het parlementaire stelsel om verruiming van het toetsingsrecht.¹¹

Deze argumenten zijn echter niet doorslaggevend, aldus de Hoge Raad. Hij overweegt daartoe dat de genoemde voorargumenten tijdens de parlementaire behandeling van artikel 120 aan de orde zijn gekomen en kennelijk te licht zijn bevonden, anders had men dat artikel wel anders geformuleerd. De rechter erkent hier dus het zogenaamde ‘primaat van de grondwetgever’. Nu die grondwetgever de genoemde argumenten onder ogen heeft gezien en naast zich heeft neergelegd, moet de rechter dat respecteren. Aan die redenering wordt de volgende afsluitende overweging toegevoegd:

‘Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat een ruim toetsingsverbod als in 3.2 omschreven wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht

11 De gedachte is hier dat regering en volksvertegenwoordiging steeds meer een eenheid vormen die wordt gedomineerd door het regeerakkoord. Dit doet afbreuk aan de parlementaire controlefunctie, bijvoorbeeld bij de totstandkoming van wetgeving. Een ruimer rechterlijk toetsingsrecht zou tegenwicht kunnen bieden.

in ons staatsbestel en dat niet kan worden gezegd dat over de wenselijkheid daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.’¹²

Dit betoog is op twee manieren karakteristiek voor constitutioneel discours. Ten eerste blijken grondwetsinterpretaties te worden gerechtvaardigd met een breed scala aan redenen. Zo wordt in het Harmonisatiewet-arrest een beroep gedaan op internationale ontwikkelingen, jurisprudentie, opvattingen in juridische literatuur, de politieke praktijk, constitutionele theorie, traditie en opvattingen in brede kring. Het zij opgemerkt dat deze redenen enerzijds juridisch en anderzijds niet-juridisch van aard zijn. In het beroep op jurisprudentie en de totstandkoming van artikel 120 herkent men bijvoorbeeld een poging de oplossing binnen het recht te vinden. Hier blijft de rechter als het ware binnen het systeem. In het beroep op de politieke praktijk, de traditie en heersende opvattingen herkent men daarentegen een poging contact te zoeken met de buiten-juridische sfeer.

Ten tweede vertonen de rechtvaardigingen een zekere regressie. Zoals men in een kritische dialoog zoekt naar de onderliggende redenen voor standpunten, en naar de redenen voor die onderliggende redenen, enzovoort, zo daalt men in de rechtvaardiging van constitutionele beslissingen steeds verder af naar de diepste drijfveren. Daarbij is opvallend dat de overwegingen meer doordringen in de buiten-juridische sfeer naarmate zij dichter bij het eindpunt van de redenering komen. Het Harmonisatiewet-arrest is daarvan een goed voorbeeld. Nogmaals: de vraag is hoe artikel 120 moet worden uitgelegd. In het citaat beroept de rechter zich op factoren die op voorhand niet erg relevant lijken voor de beantwoording van zo’n interpretatievraag, namelijk (a) het feit dat Nederland een zekere traditie kent, en (b) het feit dat men die traditie niet in brede kring wil veranderen.

Van ethos naar nomos

Alvorens terug te keren naar de functie van de constitutionele fictie, zij opgemerkt dat het constitutioneel discours dus wordt gekenmerkt door een opvallende ontvankelijkheid voor overwegingen die niet zozeer met het recht als wel met de samenleving te maken hebben.

Deze openheid wordt in de literatuur op verschillende manieren beschreven. Tribe en Dorf spreken bijvoorbeeld van ‘the need to resort to extra-constitutional values’ om te kunnen vaststellen wat de constitutie in concrete gevallen te betekenen heeft (Tribe & Dorf 1991: 84). In dezelfde trant heeft Dopatka het over ‘Einflüsse der Umwelt’ op de besluitvorming van het *Bundesverfassungsgericht* (Dopatka 1992: 28). Een aardige duiding is ten slotte te vinden bij Bobbitt, die betoogt dat het zwaartepunt van constitutionele redeneringen vaak wordt bepaald door *ethical argumentation*. Het gaat daarbij niet om ethiek in de moderne zin van het woord, maar op het klassieke *ethos*:

‘By ethical argument I mean constitutional argument whose force relies on a characterization of American institutions and the role within them of the American

12 Zie overweging 3.5

people. It is the character, or *ethos*, of the American polity that is advanced in ethical argument as the source from which particular decisions derive.’ (Bobbitt 1982: 94).

Men is volgens Bobbitt niet snel geneigd het gewicht van dit soort overwegingen te erkennen. Zoals wij dat ook in het Harmonisatiewet-arrest hebben gezien, worden redeneringen vaak opgezet vanuit systeemgeoriënteerde overwegingen: wat zijn de regels, hoe zijn ze bedoeld, hoe passen ze bij de rest van de regels, wat hebben rechters daar vroeger over gezegd? Men beweegt zich kortom in de fictie van ordenende werking van de constitutie. Onder de oppervlakte, of zelfs in de kantlijn, treft men volgens Bobbitt ethosgeoriënteerde overwegingen die met ‘considerable passion and conviction’ worden gebracht (p. 94). Het druist in tegen het juridisch zelfbeeld om deze bijdragen veel gewicht toe te dichten, maar volgens de auteur kan hun invloed nauwelijks worden overschat.

Meer specifiek worden ethosgeoriënteerde overwegingen in de praktijk gebruikt bij de constructieve interpretatie van constitutionele regels. Zoals we hebben gezien gaat deze interpretatie gepaard aan rechtvaardiging. Doordat daarbij een beroep wordt gedaan op het ethos van de politieke gemeenschap wordt dit sociale gegeven als het ware verwerkt in de productie van constitutionele normen. Het ethos geeft met andere woorden input aan het proces van rechtsvinding. Dit is goed zichtbaar in het Harmonisatiewet-arrest. Doordat de Hoge Raad betoogt dat artikel 120 zich óók verzet tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen en daarbij ‘in aanmerking’ neemt (d.w.z. de rechtvaardiging gebruikt) dat er in Nederland een zekere traditie bestaat die we niet willen veranderen, moet men constateren dat dit sociale gegeven kennelijk is gebruikt om een nieuwe constitutionele norm te construeren. Met andere woorden: met behulp van discursieve manoeuvres transformeert de Hoge Raad een ethos-gerelateerde opvatting tot een bijdrage aan constitutionele normstelling.

Een ruimte voor collectieve expressie

Deze analyse houdt op twee manieren verband met de maatschappelijke functie van de fictie van de constitutie. Ten eerste blijkt dat participanten aan constitutioneel discours niet alleen optreden als advocaat - gewapend met de constitutie - van een particulier standpunt. Ondertussen werpen zij zich ook op als spreekbuis van de politieke gemeenschap, dat wil zeggen, van een zeker publiek dat zij proberen te overtuigen van de juistheid van het verdedigde standpunt. Met een beetje goede wil, kan deze rol worden vergeleken met die van het *choros* in het klassieke Griekse theater: een gezelschap van ongeveer 15 personen dat als het ware bemiddelde tussen het verhaal dat op het podium werd uitgebeeld en het publiek. Daartoe gaf het *choros* bijvoorbeeld commentaar op de gebeurtenissen en reacties uit hoofde van de publieke opinie. Het representeerde de stem van het publiek op het toneel, en droeg op deze manier bij aan de band tussen het uitgebeelde drama en de belevingswereld van de toeschouwers.

Dat participanten aan constitutioneel discours deze dubbelrol vervullen (bepleiter van een standpunt en spreekbuis van de politieke gemeenschap) kan worden geïllustreerd aan de hand van Dworkins analyse van constitutionele

rechtsvinding. Als gezegd, spreekt hij in dit verband van constructieve interpretatie: de geldende normen worden in de praktijk telkens opnieuw uitgevonden in de vorm van herinterpretaties van geschreven regels. Daarbij benadrukt de auteur dat juristen particuliere rechtsvragen bezien in het licht van de algehele politiek-juridische praktijk en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Juristen proberen hun concrete standpunten met andere woorden in te passen en te rechtvaardigen in 'the bigger scheme of things'. Aldus slaan zij een brug tussen de individuele gevallen waarover op het podium wordt gestreden en de vraag die dat bij het publiek oproept, namelijk: wat is eigenlijk *the point* van dit rechtssysteem, van deze constitutie, van onze politieke gemeenschap als geheel? (Dworkin 1986: 84 e.v.). Men kan ook stellen dat de participanten hier worden geleid door de communicatieve rationaliteit die volgens Habermas (1984) inherent is aan het discours waarin men geldigheidsclaims problematiseert. Men is in een dergelijk discours gericht op het bereiken van overeenstemming, en men laat zich daarom wederzijds beïnvloeden door argumenten. Habermas stelt zich daarbij voor dat participanten gedeeltelijk afstand nemen van hun zuiver persoonlijke belangen en denken vanuit het collectief. Op deze manier lijkt ook constitutioneel discours te worden gestuurd door een communicatieve (en niet alleen strategische, op het eigen belang gerichte) rationaliteit.

Het blijkt echter dat men in de praktijk behoefte heeft aan de fictie dat dit proces uiteindelijk stoelt op de constitutie; dat juridische oordelen voortvloeien uit het regelsysteem zoals het ooit is vastgelegd om machtsuitoefening aan banden te leggen. Het is kennelijk verstorend, of in ieder geval minder aantrekkelijk, om in dit verband een realistische attitude aan te nemen. Men zal bijvoorbeeld niet snel claimen dat de Harmonisatiewet niet mag worden getoetst aan een rechtsbeginsel, en daarbij aangeven dat dit standpunt niet zozeer is gebaseerd op de Nederlandse grondwet, als wel op een creatieve lezing van één van zijn artikelen, waarbij nadrukkelijk een beroep wordt gedaan op traditie. Evenmin is men geneigd te expliciteren dat het antwoord op een dergelijk vraagstuk is ingegeven door een communicatieve rationaliteit waarin men zoekt naar consensus. In het praktisch discours werkt een dergelijke attitude niet. Om waarde te kunnen hechten aan standpunten heeft het publiek behoefte aan de onrealistische gedachte dat hier geen mens maar de constitutie aan het werk is. Dit hoeft niet te betekenen dat men hierin ook echt gelooft. Het betreft primair een discursieve *act* - doen alsof de constitutie de besluitvorming stuurt - waarin het publiek bereid is mee te gaan.

Uit het voorgaande volgt dat deze *act* niet op zichzelf staat, en dat hij niet louter wordt opgevoerd om het publiek voor het karretje van een zeker standpunt te spannen. De fictie van de constitutie heeft een politieke gemeenschap méér te bieden, namelijk een ruimte voor de ontwikkeling en uitdrukking van collectieve identiteit. Terwijl men op het podium van het constitutionele theater juridische geschillen uitvecht, zogenaamd ter effectivering van de constitutie, wordt een meeromvattende duiding gegeven aan de essentie van de politieke gemeenschap. Aldus wordt een bijdrage geleverd aan hetgeen ook wel wordt aangeduid als 'legal consciousness': het geheel aan betekenissen dat wordt geconstrueerd in de talloze momenten van juridisch (i.c. constitutioneel) denken en doen. Zoals verschillende auteurs betogen, kunnen verhalen daarbij een

belangrijke rol spelen (Somers & Gibson 1994; Ewick & Silbey 1998). In dit licht bezien, lijkt de fictie van de constitutie politieke gemeenschappen in staat te stellen zich uit te drukken in een voortgaand verhaal over de hegemonie van het oorspronkelijk ontwerp. Dit verhaal begint bij de theorie dat de politieke gemeenschap zijn bestaan dankt aan een constitutie, en dat dit normatieve raamwerk zijn legitimatie vindt in de instemming van het volk. Het gaat voort in de idee dat de politieke gemeenschap vervolgens naar het oorspronkelijk ontwerp wordt gemodelleerd; dat concrete beslissingen ook daadwerkelijk worden gefundeerd op de constitutie. De crux is echter dat het verhaal nooit eindigt. Zoals in deze bijdrage is geïllustreerd, biedt elke constitutionele casus een mogelijkheid opnieuw uitdrukking te geven aan wezenlijk geachte aspecten van de politieke gemeenschap, en om deze wezenlijk geachte aspecten toe te schrijven aan het oorspronkelijk ontwerp.

Slot

In deze bijdrage is ingegaan op de vraag waarom Westerse politieke gemeenschappen zich bezighouden met het opstellen en effectueren van constituties, nu deze onderneming zijn doel in belangrijke mate voorbij schiet. Wat het laatste betreft, is uiteengezet dat de constitutionele ambitie in die zin zijn doel mist, dat de rationaliteit waarop zij is gebaseerd in de praktijk geen stand houdt. Er is geen sprake van regulering van politieke macht op basis van een oorspronkelijk geheel van regels, althans niet op overtuigende wijze. Constitutionele regels worden in de praktijk niet geëffectueerd zoals ze zijn vastgelegd, maar door middel van constructieve interpretaties geschikt gemaakt om oplossingen te bieden voor concrete normatieve vraagstukken. De in de praktijk gehanteerde constitutionele normen staan vaak zover af van hetgeen in de oorspronkelijke regels is beschreven, dat men zich kan afvragen of er überhaupt sprake is van een constitutioneel regime.

Om te verklaren dat de constitutionele ambitie niettemin centraal staat in het tot stand brengen en reguleren van vele politieke gemeenschappen, is in deze bijdrage betoogd dat de constitutie in het praktisch discours functioneert als hanteerbare fictie. Aan de hand van het Harmonisatiewet-arrest is uiteengezet dat men in de praktijk het idee omarmt dat de constitutie aan de basis ligt van de besluitvorming, terwijl men weet, of redelijkerwijze moeten weten, dat dit niet strookt met de werkelijkheid. Er is sprake van een 'willing suspension of disbelief'. Men doet alsof het oorspronkelijk ontwerp wordt gerealiseerd, bijvoorbeeld door vol te houden dat de geschreven regels worden toegepast, of door te doen alsof de constitutie een ding is waarover men kennis vergaart. Zo wekt de Hoge Raad de indruk dat de slotsom van het Harmonisatiewet-arrest wordt gedicteerd door de Nederlandse grondwet, terwijl zulks niet aannemelijk is.

Wat betreft de functie van dit gebruik van fictie zijn twee suggesties gedaan. Het meest voor de hand ligt een verklaring in termen van strategie: door hun standpunten op te hangen aan de constitutie proberen participanten meer geloofwaardig over te komen. De fictie van de constitutie houdt in dit opzicht verband met een manipulatieve attitude gericht op overreding. Afgezien daar-

van is de stelling verdedigd dat de fictie van de constitutie ook een meer communicatieve bedoeling heeft. Daartoe is het praktisch constitutioneel discours eerst nader geanalyseerd als een rechtsvindingproces dat in sterke mate wordt beïnvloed door overwegingen met betrekking tot het ethos van de politieke gemeenschap. De fictie van de constitutie speelt daarbij een faciliterende rol. In de imaginaire wereld waarin de constitutie heerst, lijkt men beter in staat om al redenerend te zoeken naar gedeelde visies op het samenleven. Alsof de zoektocht naar collectieve identiteit moet steunen op de gedachte dat het allemaal ergens vastligt.

Literatuur

- BOBBITT (1982) Ph., *Constitutional Fate. Theory of the Constitution*. Oxford: Oxford UP.
- COTTERRELL, R. (1995), *Law's Community, Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon.
- DOPATKA, F.-W.(1982), *Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt*. Berlijn: Duncker & Humblot.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*. Cambridge Mass.: Harvard UP.
- EWICK, P. & SILBEY, S.S. (1998), *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: Chicago UP.
- FINN, J.E. (1991), *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*. New York/Oxford: Oxford UP.
- GIDDENS, A. (1984), *The Constitution of Society, Outline of the Theory of Structuration*. Berkeley: California UP.
- GOODIN, R.E. (1992), *Motivating Political Morality*. Cambridge Mass./Oxford: Blackwell.
- HABERMAS, J. (1984), *The Theory of Communicative Action, Vol I: Reason and the Rationalization of Society*. Cambridge: Polity Press.
- HUPPES-CLUYSENAER, L., KNEGT., R., LEMBCKE, O.W. (2008)(red.), *Legality, Legitimacy & Modernity, Reconsidering Max Weber's Concept of Domination*. Special issue *Recht der Werkelijkheid*. Den Haag: Reed Business.
- LANE, J.E. (1996), *Constitutions and Political Theory*. Manchester: Manchester University Press.
- MARIS, C.W. & JACOBS, F.C.L.M. (1996)(red.), *Rechtsvinding en de Grondslagen van het Recht*. Assen: Van Gorcum.
- NONET, Ph. & SELZNICK, Ph. (1978), *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper and Row.
- SCHWITTERS, R.J.S. (2008), *Recht en Samenleving in Verandering. Een inleiding in de rechtssociologie*. Deventer: Kluwer (tweede druk).
- SILBEY, S.S. (2005), 'After Legal Consciousness', *Annu.Rev.Law Soc. Sci.* 1, p. 323-368.
- SOMERS, M.D. & GIBSON, G (1994), 'Somers M. and G. Gibson. 1994. Reclaiming the epistemological "other": narrative and the social constitution of identity'. In C. Calhoun (red.) *Social theory and the politics of identity*. Cambridge MA and Oxford: Blackwell, p. 37-99.

- TAEKEMA, S. (2000), *The Concept of Ideals in Legal Theory*. Tilburg: Schoordijk Instituut.
- TANS, O.J., (2003), *Het constitutionele theater, bijdrage aan een discours-theorie van het constitutionalisme*. Amsterdam: Thela Thesis.
- TRIBE, L.H. & DORF, M.C. (1991), *On Reading the Constitution*. Cambridge Mass.: Harvard UP.
- VAIHINGER, H. (1922), *Die Philosophie des als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner.
- WALTON, K.L. (1978), 'Fearing Fictions', *The Journal of Philosophy* 75 (1), p. 5-27.
- WITTEVEEN, W.J. (1998), *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*. Zwolle: Tjeenk Willink.